

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37517>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Artikel

Rechtsgeschiedenis en estate planning, met een exposé over de ‘Erf-maeckingshs-Konst’ en de Nederlandse notaris in de zeventiende eeuw

Mr. drs. J.S.L.A.W.B. Roes*

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt onderzocht in hoeverre de rechtsgeschiedenis iets zou kunnen betekenen voor de hedendaagse estate planner of, anders geformuleerd, in hoeverre deze estate planner iets zou kunnen leren van de rechtsgeschiedenis. De bijdrage begint met een uiteenzetting over de wijzen waarop men de geschiedenis en de rechtsgeschiedenis kan beschouwen. Vervolgens wordt uiteengezet welke lessen de estate planner zoal uit het verleden zou kunnen trekken, en op welke ‘terreinen’ hij dat zou kunnen doen. Daarna wordt een en ander echter gerelativeerd en wordt betoogd, dat bepaalde voorbehouden in het projecteren van het heden op het verleden en vice versa dienen te worden gemaakt. Dat is noodzakelijk, met name omdat een van de belangrijkste componenten in de huidige estate planning, de fiscaliteit (de belastingbesparing), vroeger geen, althans een veel kleinere, rol speelde dan thans het geval is. Een direct aanwijsbaar nut (in economische, utilitaire zin) heeft de rechtsgeschiedenis voor de estate planning daarom niet; wel kan zij mogelijkwijze, in voorkomende gevallen, fungeren als een ‘eye-opener’ voor de estate planner, omdat de mens zelf en zijn vragen en wensen ten aanzien van zijn vermogen, zijn nog open te vallen nalatenschap, de overheveling van zijn vermogen na pensionering of na overlijden

enzovoort door de eeuwen heen niet veranderen. Tot slot volgt een exposé over het testament-maken door de Nederlandse notaris in de zeventiende eeuw. Dit geschiedt aan de hand van negen zogeheten ‘notarisboeken’ uit die tijd, waarbij veelvuldig uit deze boeken wordt geciteerd om een goed beeld van de inhoud ervan te kunnen schetsen.

De bijdrage is als volgt opgebouwd:

1. Inleiding
2. Cicero versus Schopenhauer (en al helemaal versus Ford)
3. Cicero als estate planner
4. Schopenhauer als estate planner
5. De *Ars testandi* of ‘Erf-maeckingshs-Konst’
6. Sprokkels van testamentaire estate planning in de zeventiende eeuw
 - 6.1 ‘Legitimatie’ van het vak estate planning
 - 6.2 Formaliteiten
 - 6.3 Onbevoegdheid tot testen
 - 6.4 Onterving
 - 6.5 Legaten
7. Slotopmerkingen
8. Appendix: Geraadpleegde zeventiende- en achttiende-eeuwse notaris- en dergelijke boeken

2 Cicero versus Schopenhauer (en al helemaal versus Ford)

Over het nut van geschiedbeoefening en geschiedschrijving kan verschillend worden gedacht. Grofweg gesteld kan men op twee manieren naar de geschiedenis kijken: of men beschouwt de geschiedenis en haar beoefening als de ‘leer-

* Geannoteerde en voor publicatie in dit tijdschrift bewerkte versie van een bijdrage aan het 42ste Landelijk Notarieel Studenten Congres, gehouden te Nijmegen in Concertgebouw De Vereeniging op 12 april 2007. De schrijver is als universitair docent en wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Dit artikel is opgedragen aan ‘s schrijvers leermeester en ‘Doktorvater’ prof. mr. M.J.A. van Mourik, wiens authentieke belangstelling voor het ‘oud-vaderlandse’ privaatrecht bepaald verder reikt dan louter hobby en tijdverdrijf. j.roes@jur.ru.nl

meesteres des levens' ('Historia magistra vitae'), de klassieke, aan Cicero ontleende opvatting¹ – nog bondiger weergegeven in het adagium 'Historia docet' ('De geschiedenis leert') – of men meent dat de mens niets, of althans maar heel weinig, van zijn geschiedenis leert, omdat nu eenmaal niets op deze aarde zich op dezelfde wijze herhaalt. De exponent van deze, moderne, geschiedopvatting is wel de negentiende-eeuwse Duitse filosoof Schopenhauer, gelet ook op de aan hem toegeschreven woorden 'Geschichte ist immer dasselbe, nur immer anders.'² Het enige dat de mens van zijn geschiedenis leert, is dat hij er niets van leert. Ten einde toe doorgeredeneerd leidt deze moderne geschiedopvatting zelfs tot de beruchte uitspraak van de Amerikaanse automobiefabrikant Henri Ford uit 1916: 'History is bunk' ('Geschiedenis is flauwekul').³ Als je immers niets van de geschiedenis kunt leren, wat is dan haar nut, wat moet je er dan mee?

Op dezelfde wijze zou men de *rechtsgeschiedenis* kunnen beschouwen: of zij is een 'leermeesteres' voor ons geldende, positieve recht, of zij is 'flauwekul', omdat het oude recht – niet voor niets – is afgeschaft. Ter legitimatie van de rechtsgeschiedenis wordt nogal eens aansluiting gezocht bij de rechtsvergelijking. Dat is momenteel een veelgeoefend genre binnen het rechtsbedrijf; wie in zijn publicaties 'ook nog een beetje aan rechtsvergelijking doet', scoort en kan rekenen op bijval. Zelfs wordt rechtsgeschiedenis wel eens opgevat als (een vorm van) rechtsvergelijking, namelijk als een vergelijking van rechtsstelsels 'in de tijd'. De rechtshistoricus vergelijkt dan niet (per se) het recht van het ene land met dat van het andere, maar hij vergelijkt het vroegere recht met het huidige (of andersom). Bijvoorbeeld: om de inhoud van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ten volle te kunnen begrijpen, bestudeert men het Oud Burgerlijk Wetboek en de parlementaire geschiedenis. Een dergelijke wijze van legitimering van de eigen discipline is voor de rechtsgeschiedenis echter niet zaligmakend.⁴

Er moge misschien sprake zijn van een 'Wiederkehr von Rechtsfiguren', om met de woorden van Theodor Mayer-Maly te spreken,⁵ maar men moet er steeds voor waken te vervallen in allerlei anachronismen en *Hineininterpretierungen*, omdat men appels nu eenmaal niet met peren kan vergelijken en men – bijvoorbeeld – de zeventiende-eeuwse Nederlandse notaris niet (zonder meer) kan vergelijken met zijn ambtsgeenoot anno 2007, althans niet materieel. Stelt u zich voor, dat 'ongebreideld *hineininterpretieren*' wél geoorloofd zou zijn: dan ware, bij wijze van spreken, álles in het oude privaatrecht op te vatten als estate planning, dan ware bijkans iedere vroegere 'privaatrechtelijke' rechtshandeling te duiden als gericht op de overheveling van vermogen van de ene generatie op de andere generatie, van de oude op de jonge generatie, van – zoals men dat vroeger noemde – de 'afgaande' op de 'opkomende' generatie.

In een samenleving die zo goed als geheel agrarisch was, zoals de onze nog maar een paar eeuwen geleden, was grondbezit essentieel. Het leven draaide om het eigen erf en als richtsnoer gold 'Grond bij grond en geld bij geld'. Iets zuidelijker sprak men van 'La terre est tout' ('De grond is alles'). Het leven draaide om de familie (de bloedverwanten, de maagschap), het huwelijk (het *matrimonium*) en het (voor)vaderlijk erfgoed (het *patrimonium*).⁶

Omdat het familiekapitaal – in het bijzonder het familievermogen in de vorm van grondbezit – zo belangrijk was, was de aandacht van de mensen gericht op de instandhouding en de uitbreiding van dat kapitaal. Dat had een direct praktisch nut – hoe meer, hoe beter, want des te rijker, des te welvarender – maar dat had ook een ander nut, namelijk sociaal en politiek.⁷ De maatschappij was een standenmaatschappij, gebaseerd op grondbezit, en grondbezit betekende politieke macht. Grondbezit gaf 'stem in staat', grondbezit en de wijze waarop de grond was 'uitgegeven', de wijze waarop hij werd 'gehouden' (als 'eigenaar', als leenman, als horige, als pachter enzovoort), bepaalde tot welke stand de persoon in kwestie behoorde.

3 Cicero als estate planner

De Romeinse staatsman, filosoof, advocaat en redenaar Cicero zou ongetwijfeld de mening zijn toegedaan, dat de hedendaagse estate planner iets van ons 'oud-vaderlandse'

1 Marcus Tullius Cicero (106-43 v.Chr.), De oratore (55 v.Chr.): 'Historia vero testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae (...).' Vert.: 'De geschiedenis is waarlijk de ooggetuige der tijden, het licht der waarheid, het leven der herinnering, de leermeesteres des levens (...).'

2 Arthur Schopenhauer (1788-1860) beschouwt in zijn 38ste hoofdstuk 'Ueber Geschichte' van Die Welt als Wille und Vorstellung (1818, 1844) de geschiedenis als 'eadem, sed aliter' ('hetzelfde, maar dan anders'): 'Die Geschichte zeigt auf jeder Seite nur das Selbe, unter verschiedenen Formen', en verderop: 'Sie [de 'wirkliche Philosophie der Geschichte'; SR] besteht (...) in der Einsicht, daß die Geschichte nicht nur in der Ausführung, sondern schon in ihrem Wesen lügenhaft ist, indem sie, von lauter Individuen und einzelnen Vorgängen redend, vorgiebt, allemal etwas Anderes zu erzählen; während sie, vom Anfang bis zum Ende, stets nur das Selbe wiederholt, unter andern Namen und in andern Gewande.' De geschiedenis (de geschiedbeoefening en -schrijving) is een 'Wissen', maar geen 'Wissenschaft', aldus Schopenhauer, en 'Was die Geschichte erzählt, ist in der That nur der lange, schwere und verworrene Traum der Menschheit.'

3 Henri Ford (1863-1942) in een interview met Charles N. Wheeler in de Chicago Tribune van 25 mei 1916: 'History is more or less bunk. It's tradition. We don't want tradition. We want to live in the present, and the only history that is worth a tinker's damn is the history that we make today.'

4 Over deze problematiek sprak recentelijk nog de Gentse hoogleraar Dirk Heirbaut aan de Universiteit van Amsterdam (lezing 'Het nieuwe ius commune: is de rechtsvergelijking de reddende engel of de doodgraver van de rechtsgeschiedenis?', in de lezingencyclus 'Forum Romanum' aan de Universiteit van Amsterdam op 6 maart 2007).

5 Th. Mayer-Maly, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, Juristenzeitung 1971, 26 (1), p. 1-3. Literair, en in ander verband, wordt deze 'Wiederkehr' verwoord door bijv. Gerard Reve in diens roman Het boek van violet en dood (1996): 'Alles keerde terug, alles wat geschiedde was al eens eerder gebeurd, en alles was een herhaling, zij het met eigentijdse kostuums en dito decors.'

6 Zie uitgebreid over deze materie: mijn proefschrift Het naaste bloed erfde het goed. De positie van de langstlevende echtgenoot in het Nederlandse erfrecht bij versterf. Deel I: de periode van het 'oud-vaderlandse' recht (tot 1809). Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht IV, Deventer 2006, bijv. p. 21-25, met verwijzing naar o.a. Ph. Godding ('la terre est tout') en p. 240, met verwijzing naar o.a. H. Coing (*splendor familiae*): het ging in het verleden om het aanzien, de luister, de schittering van het (eigen) geslacht, de (eigen) maagschap (bloedverwantschap).

7 In dezelfde zin zeer recentelijk: V. Tschuschke, Die Edelherrn von Ahaus. Ein Beitrag zur Geschichte des westfälischen Adels im Mittelalter, Westmünsterland, Quellen und Studien 16, Vreden 2007, p. 511: 'Geringere wirtschaftliche Potenz bedeutete aber auch weniger Einkünfte, die sich in politisches Kapital umsetzen ließen.'

verleden kan leren. Het ‘plannen’ begon vroeger met het huwelijk, met de partnerkeuze. ‘Soort zoekt soort’ en ‘Stand bij stand’ waren de adagia volgens welke vroeger werd gehuwd: adel trouwde adel, een boerenzoon ging op zoek naar een boerendochter. De Duitsers spreken in dit verband van een huwelijk dat ‘ebenbürtig’ was; in het oudere Nederlands komt men dit vertaald tegen als ‘evenboortig’, waarmee bedoeld werd: ‘op gelijk niveau geboren’, van dezelfde stand. Mijn oma heb ik wel eens horen debiteren: ‘Je hoeft niet boven je stand te trouwen, als je maar niet onder je stand trouwt’, waarbij ze het tweede gedeelte van haar wijsheid door middel van stemverheffing en gesticulerend met opgeheven rechterwijsvinger benadrukte. Ze was uit de vorige eeuw en is inmiddels alweer jaren overleden.

Het huwelijk was een ‘familiale strategie met betrekking tot bezit’, zoals de Leidse mediëvist Antheun Janse dat noemt.⁸ De huwelijksluiting was Stap 1 in de ‘oud-vaderlandse’ estate planning. Het kiezen van de huwelijkspartner, met andere woorden: het delibereren door de ouders en de eigen familie over de beoogde huwelijkskandidaat en daarna het overeenkomen met de aanstaande schoonouders en -familie van een huwelijksluiting (na wellicht allerlei voorafgaande onderhandelingen; na een ‘precontractuele fase’ van kennismaking en verloving), kortom: het arrangeren van een huwelijk was de eerste stap in het ‘plannen’ van het familiekapitaal.

Tegelijk diende daarbij te worden nagedacht over het huwelijksvermogensregime waaronder het bruidspaar de trouwdag inging. Het is hier niet de plaats uitgebreid in te gaan op de verschillende huwelijksvermogensstelsels, zoals die in de (Noord-)Nederlandse gewesten hebben gegolden. Gewoonterechtelijk (costumier) gezien gold – heel globaal – in het westen, midden en oosten van het land (Holland, Zeeland, Utrecht, Gelderland en Overijssel) de algehele gemeenschap van goederen, in het noorden (Friesland en de Groninger Ommelanden) de gemeenschap van winst en verlies, en in het zuiden (Brabant en de Limburgse territoria) de gemeenschap van roerende zaken en aanwinsten; nogmaals: heel globaal gesteld.⁹

Wilden de echtelieden, of juist: wilden hun ouders en de familie, het niet laten afhangen van het gewoonterecht, van de plaatselijke ‘wetten’ en gebruiken (de ‘costumen’, de land- en stadrechten), dan werden huwelijksvoorwaarden opgemaakt. Een bonte stoet van regelingen komen wij in de oude huwelijksvoorwaarden tegen, soms nog uitgebreider dan heden ten dage: de keuze voor een bepaald huwelijksvermogensregime en de zogeheten ‘huwelijksmedegaven’, zoals daar waren: de huwelijksgift van de ouders aan hun kind, meestal de (uit huis vertrekkende, ‘uitgehuwelijkte’) dochter (de zogeheten ‘uitboedeling’) en de drie soorten huwelijks giften van de man aan zijn vrouw (de bruidsschat, de morgengave en de douarie), alsmede allerlei andersoortige schenkingen, ja ook dikwijls bepalingen die wij thans

tot het erfrecht zouden rekenen, zoals de destijds zeer belangrijke contractuele erfstellingen en legaten.¹⁰

Voor het erfrecht gold iets vergelijkbaars als voor het huwelijksvermogensrecht: regelde men zelf niets, dan regelde de ‘wet’ (het gewoonterecht) de gang van zaken. Deze ‘planning’ van de vererving volgens het gewoonterecht sloot aan bij wat onder de bevolking algemeen leefde. Om de grootste zeventiende-eeuwse Hollandse jurist, Hugo de Groot (1583-1645), te parafraseren: het ‘wettelijke’ erfrecht, het erfrecht bij versterf of het gewoonterechtelijke (costumiere) erfrecht, is gebaseerd op de veronderstelde wil van de erflater.¹¹ En dat betekende, dat de vererving plaatsvond overeenkomstig het oude rechtssprekwoord ‘Het naaste bloed erft het goed’. Het familiekapitaal (de grond) moest in de familie blijven, dus erven aan de binnen het huwelijk geboren kinderen – en (voor zover plaatsvervulling was toegestaan) aan eventuele verdere afstammelingen, dan wel, bij gebrek aan descendenten, respectievelijk aan ascendenten en collateralen – of de nalatenschap diende (bij gebrek aan descendenten) te erven krachtens een ‘droit de retour’, een ‘Rückfallsrecht’, dat een ‘terugkeer’ van het familiekapitaal aan de eigen bloedverwanten garandeerde. Het (over)geërfd, (voor)vaderlijke erfgoed, het *patrimonium*, hield op deze wijze ‘zijde’, het ‘keerde terug in de boezem van de familie’, het kwam aldus nimmer bij ‘de koude kant’ terecht – het laatste was immers het schrikbeeld van iedere rechtgeaarde erflater in het ‘oud-vaderlandse’ tijdperk.¹² Het algemeen gedeelde, in het rechtsbewustzijn sterk verankerde gevoel, dat de bloedverwanten dienden te erven (‘Erfrecht is bloedrecht’, in de woorden van Alain Verbeke¹³), impliceerde, dat de echtgenoot zo goed als nooit ‘erfde’, tenzij men diens verkrijgingen krachtens huwelijksvermogensrecht, zoals door de werking van de algehele gemeenschap van goederen na de ontbinding van het huwelijk door de dood, of op grond van de huwelijksvoorwaarden, als bijzondere vormen van ‘erven’ beschouwt,¹⁴ en tenzij er ten gunste van de langstlevende echtgenoot een testament of codicil was gemaakt.

8 A. Janse, *Ridderschap in Holland. Portret van een adellijke elite in de late Middeleeuwen*, *Adelsgeschiedenis* 1, Hilversum 2001, p. 169.

9 Voor een gedetailleerde beschouwing ter zake zie: J.S.L.A.W.B. Roes, *Het naaste bloed erfde het goed*, p. 29-38 (par. 1.3.2, ‘Huwelijksvermogensstelsels’), met de vele, aldaar in het notenapparaat opgenomen literatuurverwijzingen.

10 Zie hierover: *ibidem*, p. 88-101 (par. 1.3.5.3, ‘Bruidsschat, morgengave, douarie en uitboedeling’ en par. 1.3.5.4, ‘Overig contractueel recht’).

11 Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, met aantekeningen van S.J. Fockema Andreae & L.J. van Apeldoorn (red.), 2 delen, vierde, herziene druk, Arnhem 1939, I, p. 51-52 (B.II.D.14, par. 2), aldaar p. 52: ‘(...) zoo heeft de burger-wet de goederen die door ’t overlijden zijn onteigent, gheëgent aen die ghenen den welken den overleden, als hy daer over mocht gevraagd werden, sulcks best soude behooren te gunnen (...).’

12 J.S.L.A.W.B. Roes, *Het naaste bloed erfde het goed*, p. 25 en 177-238 (par. 3.3, ‘Op zoek naar de langstlevende echtgenoot in het erfrecht bij versterf van de landrechten en de stadsrechten’), in het bijzonder aldaar p. 205-213 (par. 3.3.8, ‘Holland en Zeeland’), met daarin uitgebreid het onderscheid tussen het zogeheten ‘aasdomserfrecht’ (gradueel stelsel, ‘Het naaste bloed erft het goed’, ‘graad vóór graad’, van oorsprong Romeinsrechtelijk) en het zogeheten ‘schependomserfrecht’ (parenteel stelsel, ‘droit de retour’, ‘groep vóór groep’, van oorsprong inheems-Germaansrechtelijk).

13 A. Verbeke, *De legitieme ontbloot of dood? Leve de echtgenoot, overdruk Tijdschrift voor Privaatrecht* 2000, randnummer 10 (nr. 12), tevens inaugurale rede Katholieke Universiteit Brabant (thans Universiteit van Tilburg).

14 Hetgeen in het ‘oud-vaderlands’ recht dikwijls het geval was; zie: J.S.L.A.W.B. Roes, *Het naaste bloed erfde het goed*, p. 26-28.

De ‘wet’ (de gewoonte) ‘plande’ meestal de vererving; het testamentaire erfrecht speelde voor de meeste mensen pas ná de middeleeuwen überhaupt – en dan alleen voor de (enigszins) ‘vermogenden’ – een rol.¹⁵ Daarbij moeten we goed kijken naar de *aard* van de nagelaten goederen, moeten we een helder onderscheid maken in de *soorten* goederen die vererfd. Ten aanzien van de zogeheten ‘allodiale’ goederen, dat wil zeggen eigengeërfde (‘edelvrije’) goederen, goederen waarvan men ‘eigenaar’ was (*allodia*), gold in principe een vererving aan alle (echte) kinderen in gelijke delen, aan zowel zonen als dochters. Het naaste bloed erfde het allodiale goed in gelijke delen, anders dan misschien wel eens wordt verondersteld. We hebben het dan over grond en huizen ‘in eigendom’, de roerende zaken (zoals de inboedelgoederen, het textiel en de sieraden, de landbouwwerktuigen en het vee, het gereedschap van de werkmans, de voorraad van de koopman) en het goud, het zilver en het geld. Wilde de erfster dat dergelijke allodiale goederen door bijvoorbeeld de oudste zoon werden geërfd, bij de ‘bedrijfsopvolger’ terechtkwamen enzovoort, dan was testamentair beschouwd het fidei-commis het geëigende instrument om dat te bewerkstelligen. Het *fidei-commis* was met andere woorden voor eigen goed het ‘estate planningstool’ bij uitstek.¹⁶

Volledig anders was het gesteld met leengoederen en hofhorige goederen. In het leenrecht en het hofrecht golden als uitgangspunten het eerstgeboorterecht (de *primogenituur*) en de onsplitsbaarheid van de leen-, respectievelijk hofgoederen. Dergelijke goederen vererfdens krachtens gewoonte-recht op de oudste zoon; daar was geen testamentair fidei-commis voor nodig. Wilde men dat zijn leen- of hofgoed anders dan volgens het gewoonterecht vererfde, dan kon men een testament maken, maar dan slechts ‘met consent’ zoals dat heette, met toestemming van de leen- of hofheer. Men houde daarbij in acht, dat vele goederen eertijds juist leen- en hofgoederen waren, met name op het platteland. Het leen- en het hofrecht waren daarom vaak zeer belangrijk, even belangrijk als (her en der zelfs belangrijker dan) het gewoonterecht met betrekking tot (de vererving van) allodiale goederen.

Stap 2 in de ‘oud-vaderlandse’ estate planning was aldus: het bekijken of al dan niet een testament moest worden gemaakt, met al dan niet een fidei-commis, een erfstelling ‘over de hand’. Samenvattend kan worden gesteld, dat door onze voorouders enerzijds een familiepolitiek werd gevoerd, teneinde de *splendor familiae*, de ‘schittering van het geslacht’, in stand te houden, in het bijzonder door middel van het sluiten van een ‘goed’ huwelijk en het maken van

gunstige huwelijksvoorwaarden, en dat anderzijds, tegelijkertijd, een gezinspolitiek werd gevoerd, namelijk door de jongere zonen en dochters ‘af te goeden’, door te trachten hen met doorgaans (in totaal) een derde van de waarde van het leen- of hofgoed tevreden te stellen (de zogeheten ‘verderding’ of ‘trientation’).

De hedendaagse estate planner zou in de visie van Cicero, *summa summarum*, heel wel te rade kunnen gaan bij de oude huwelijksvoorwaarden en testamenten, en daar wat van kunnen leren. Het ‘stramien’ is immers al lang geleden bedacht en zo heel veel is er dikwijls niet eens veranderd; wat de estate planner vandaag de dag *onder meer* doet, is het bedenken van clausules, het ontwerpen van technieken (de ‘ventieltechniek’, het ‘turbotestament’), of – om het in *hifitermen* te verwoorden – het *finetunen* van bepalingen en constructies in huwelijksvoorwaarden, schenkingsakten en testamenten. Voor dát onderdeel van zijn werk kan de estate planner wellicht iets van het verleden leren.

4 Schopenhauer als estate planner

Maar nu komt, het bovenstaande gezegd zijnde, de vraag op: mogen wij eigenlijk wel, als het om zo’n ‘modern’ verschijnsel als estate planning gaat, *hineininterpretieren*; mogen wij onze kennis van het verleden op het fenomeen estate planning projecteren en vice versa? Zouden wij niet de moderne, schopenhaueriaanse, visie op de estate planning moeten loslaten, namelijk dat we geen frisse appels met oude peren kunnen en mogen vergelijken?

Uitgangspunt van de hedendaagse estate planning is immers – zo wordt allereerst geleerd – het vinden van een balans tussen het civiele recht en het fiscale recht (zeg maar: belastingbesparing). En juist wat het laatste aspect betreft, wringt ons de rechtshistorische schoen. In het verleden stelde de belastingheffing namelijk, in mijn visie en in algemene termen gesteld, niet zo bijster veel voor. Er werden accijnzen geheven (een soort btw op verbruiksgoederen, zoals op de verkoop (de levering) van bier en wijn) en tolgelden moesten worden betaald, maar vóór 1893 bestond in Nederland géén inkomstenbelasting (‘Mooi was die tijd’, hoor ik u de Bredase volkszangeres Corry Konings al nazingen). Bovendien kan men ten onzent, wat de periode vóór 1805 betreft (de tijd vóór de successie-ordonnantie van 4 oktober 1805 van Alexander Gogel (1765-1821), toentertijd, tijdens de Bataafse Republiek, minister van Financiën), nauwelijks spreken van een systematische heffing van ‘successierechten’.

De hertog van Alva voerde in 1569 bij ons de beruchte Tiende Penning in, de heffing van tien procent van de waarde van onroerend goed bij overdracht. Of, om met de typische ironie van de Amsterdamse bioloog Midas Dekkers te spreken: ‘In de tijd van Alva was tien procent belasting reden voor een oorlog van tachtig jaar (...).’¹⁷ Toen de Nederlandse Opstand (de Tachtigjarige Oorlog, 1568-1648)

15 Zie hierover uitgebreid: ibidem, p. 118-139 (par. 1.4, ‘Testamentair erfrecht’), met de vele, aldaar in het notenapparaat opgenomen literatuurverwijzingen.

16 Overigens gold voor menige roerende zaak (het heergewaad van de man, de sieraden van de vrouw e.d.) het costumiere ‘voordeelrecht’; een dergelijke zaak was dan een ‘voordeelgoed’ van de langstlevende echtgenoot, de (oudste) zoon of de (oudste) dochter, dat wil zeggen: zij werd, vóór de scheiding en deling (van de huwelijksgoederengemeenschap, respectievelijk de nalatenschap) zonder vergoeding door de ‘voordeelgerechtigde’ vooruitgenomen. Op vele plaatsen in de Noord-Nederlandse gewesten werd in de (tweede helft van de) zestiende eeuw het costumiere voordeelrecht afgeschaft; sindsdien werd op die plaatsen over (de vroegere) voordeelgoederen dikwijls testamentair beschikt, teneinde hetzelfde resultaat te bewerkstelligen als voordien uit de toepassing van het gewoonterecht volgde. Zie uitgebreid hierover: ibidem, p. 101-116 (par. 1.3.5.5, ‘Voordeelgoederen’).

17 Midas Dekkers, *Lichamelijke oefening*, Amsterdam-Antwerpen 2006, p. 227.

eenmaal was uitgebroken, ontkwam de nieuwbakken, opstandige, Nederlandse republiek er niet aan om ook zélf aan het heffen te slaan, teneinde de oorlog tegen Spanje te kunnen financieren. Op 22 december 1598 werd daarom de Veertigste Penning ingevoerd. Deze ‘overdrachtsbelasting’ werd allengs tevens een soort successiebelasting, namelijk op onroerend goed. Dat is verklaarbaar, omdat ná de eigenlijke vererving vaak nog een levering diende plaats te vinden om in het bezit van de nagelaten goederen te geraken: de erfgenaam van onroerend goed moest door middel van een leveringshandeling in het bezit van de erfenis worden gesteld (de zogeheten *bonorum possessio*). Die ‘overdracht’ werd vanaf eind 1598 dus belast, en daarbij gold als tarief de Veertigste Penning, oftewel 2,5%; een percentage waarvoor iedere estate planner zich heden ten dage in de handen zou wrijven.

Daarbij kwam ook nog eens, dat deze heffing een zogeheten ‘collaterale impost’ (of ‘collaterale successie’) was: alléén ervende *collateralen* (neven en nichten en anderen; erfgenamen uit de zijlinie dus) kwamen aan het betalen – de kinderen (doorgaans de eerst-opkomende erfgenamen) en de langstlevende echtgenoot bleven buiten schot. Weliswaar werd de Veertigste Penning in 1602 – de strijd was toen op zijn hevigst – een Twintigste Penning (dus 5%), maar in 1620 was alweer sprake van een Dertigste Penning (3,33%), en na een tijdelijke tariefsverhoging in 1637 (wederom een Twintigste Penning, oftewel 5%), werd het in 1655 – de oorlog was inmiddels zeven jaar voorbij: Vrede van Munster, 15 mei 1648) – wederom een Veertigste Penning. De heffing geschiedde toen ook ter gelegenheid van de overdracht van effecten en ter gelegenheid van schenkingen en ruilingen, en later eveneens in het geval van hypotheekstellingen en de overdracht (casu quo vererving) van sommige roerende zaken.¹⁸

Mij lijkt het in ieder geval prachtig: een Veertigste Penning als successieheffing, maar de Leidse rechtsgeleerde en boekverkoper Elie Luzac (1721-1796) dacht er bepaald anders over. In 1780 schreef hij in zijn studie *Hollands rijkdom*: ‘Nauwelijks is het te gelooven, welk een nadeel het heffen van den veertigsten penning over de scheepvaart, de fabrieken, en trafijken [= handel en bedrijven; SR] (...) toebrengt.’¹⁹ Maar goed, dat was dan ook in de tijd, dat het nog meer dan een eeuw zou duren, voordat in Nederland de inkomstenbelasting bij wet werd ingevoerd. Toen was kennelijk de heffing van iedere penning schoppen tegen het zere been.

De conclusie naar aanleiding van het voorgaande moet wel luiden, dat bij een dergelijk ‘incompleet’ belastingheffingssysteem (successierechten waren alléén verschuldigd indien collateralen als erfgenamen opkwamen, maar werden niet geheven indien door de echtgenoot of door de uit diens huwelijk met de erflater geboren afstammelingen werd geerfd), het maar zeer de vraag is, of wij ons huidige estate-planningsbegrip op ons ‘oud-vaderlandse’ verleden moeten projecteren. Ik neig ernaar deze vraag – voorzichtig als ik als oppassende rechtshistoricus dien te zijn – ontkennend te beantwoorden.

5 De *Ars testandi* of ‘Erf-maeckingsh-Konst’

Laat ik dan nu, als een exposé tot slot, kijken naar een oud, alom bekend estate-planningsinstrument, het testament. Ontleend aan het canonieke recht van de twaalfde, dertiende eeuw, en aldus een herleving inhoudende van het Romeinse recht waarin het testamentaire erfrecht een zeer grote rol speelde, werd ook bij ons het testament een steeds belangrijker instrument om te ‘plannen’, om de nalatenschap op de door de erflater-testateur gewenste wijze te laten vererven.

Vanaf de zeventiende eeuw, de Nederlandse ‘Gouden Eeuw’, verschenen vele notaris- en formulierboeken, waarin aan de notaris werd uitgelegd hoe hij een rechtsgeldig testament diende op te maken. Er werden speciale boeken over het maken van testamenten gepubliceerd, zoals Jacob Verwey’s *Ars Testandi, ofte Erf-maeckingsh-Konst* uit 1641 en Wilhem van Allers *Tractaet van Testamenten, Codicillen, Legaten, ende andere Acten van uytersten wille* uit 1656, dat een Nederlandstalige bewerking was van het werk van de Franse jurist François Grimaudet (1520-1580), advocaat te Angers. Maar ook in de meer algemene notarisboeken vinden wij steeds het testament-maken terug, zoals in Joan Baptist Joseph Huygens’ *Notarius Belgicus oft Ampt der Notarissen* uit de jaren 1700-1704,²⁰ waarbij wij het woord ‘*Belgicus*’ ruim dienen op te vatten, namelijk als ‘(algemeen) Nederlands’.²¹

Zoals de estate planners van SBS (Schols-Burgerhart-Schols te Nijmegen) met regelmaat in den lande spreken over het ‘Testament van de 21^{ste} eeuw’, zo zouden de zeventiende-

18 Zie hierover bijv.: A.D. van Assendelft de Coningh, De aard en de ontwikkeling der zegel-, registratie- en successierechten in Frankrijk, Engeland en Nederland, diss. Leiden, Leiden 1874, p. 135-136; en (recentelijk en summier): J.W. Zwemmer, De dood als belastbaar feit. Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks 64-2, Amsterdam 2001, aldaar p. 7-10 en B.C.M. Jacobs, Van collaterale impost tot successiebelasting, WPNR 134 (2003) 6516 (thema-nummer Nieuw Erfrecht!), p. 55-60, aldaar p. 55-56. Regionaal kwamen verschillen voor: in Nijmegen werd lange tijd de Veertigste Penning (2,5%) geheven; op de Veluwe en in de Graafschap Zutphen daarentegen slechts een Vijftigste Penning (2%); in de achttiende eeuw vonden allerlei wijzigingen plaats). In Groningen, zowel in de stad als in de ommelanden, werd de Dertigste Penning (3,33%) gehanteerd; in Zeeland echter was de heffing van de Tiende Penning (10%) regel, enzovoort. Zie: A.D. van Assendelft de Coningh, De aard en de ontwikkeling, p. 137-140.

19 Geciteerd bij: A.D. van Assendelft de Coningh, De aard en de ontwikkeling, p. 138.

20 Zie over de hier bedoelde notaris- en formulierboeken en hun auteurs en uitgevers/drukkers steeds: A. Pitlo, bew. A.F.I. Gehlen, De zeventiende en achttiende eeuwse notarisboeken. Een verhandeling over Notarisboeken, Notarisambt en Notarieel Recht onder de Republiek der Verenigde Nederlanden, Ars Notariatus 123, tweede, geheel herziene druk, Amsterdam-Deventer 2004.

21 Vgl. in deze zin: de bekende, zestiende-eeuwse, cartografische afbeelding van de ‘Leo belgicus’, de landkaart waarbij de Nederlanden (Noord én Zuid tezamen) worden voorgesteld in de vorm van een afgewende, klimmende leeuw, de ‘Belgische leeuw’, met Friesland en Groningen als ‘leeuwenkop’, Holland als ‘nek’, het destijds nog ‘Nederlandse’ graafschap Lingen als ‘tong’, Gelderland en Overijssel als ‘leeuwenbek’ en de overige gewesten (Vlaanderen, Brabant, Antwerpen, Luik, Henegouwen, de Limburgse territoria, enzovoort) als ‘lijf’ en ‘leden’.

eeuwse Scholsen en Burgerharten destijds hebben gesproken over de ‘*Ars testandi*’, de kunst van het testament-maken, de ‘Erf-maeckings-Konst’. Héél veel viel er testamentair niet altijd te ‘plannen’, omdat de erflater-testateur vroeger meer dan tegenwoordig werd beperkt in zijn testeervrijheid. De legitieme portie (van descendentes, maar toentertijd ook van ascendentes) speelde in het ‘oud-vaderlandse’ recht een voorname rol; de falcidieke portie (in erfstellingen) en de trebellianieke portie (in fidei-commissaire bepalingen) garandeerden voor de erfgenamen bij versterf een reserve van een kwart en beperkten aldus het voor de testateur beschikbare deel, en in sommige gewesten mocht over de ‘eigendom’ (van onroerend goed) überhaupt niet worden getestateerd, maar diende een testamentaire beschikking ten behoeve van bijvoorbeeld de langstlevende echtgenoot beperkt te blijven tot een legaat van vruchtgebruik.²²

6 Sprokkels van testamentaire estate planning in de zeventiende eeuw

Voor mijn bijdrage heb ik negen zeventiende-eeuwse notarisboeken bestudeerd, op zoek naar ‘oud-vaderlandse estate-plans’. Het navolgende is vooral bedoeld ‘ter leringhe ende vermaeck’, als een onderhoudend exposé van sprokkels uit het verleden ter afsluiting van mijn betoog. Dit ‘grasduinen’ in het verleden leverde bij mij niet alleen nieuwe inzichten op, maar ook – en niet zelden! – ‘pretoogjes’. Moge het u als lezer evenzo vergaan.

6.1 ‘Legitimatie’ van het vak estate planning

We beginnen maar eens met de ‘legitimatie’ van het vak estate planning. *Mogen* wij eigenlijk wel ‘plannen’? Is estate planning wel, juridisch en moreel, geoorloofd? Voor een bevestigend antwoord op deze vraag kunnen wij terecht bij de Zeeuwse jurist Wilhem van Aller, ‘Raad Pensionaris van Hoogh ende laager Zas, Practizijn ter Veere in Zeelant’ (geb. 1622), die zijn reeds genoemde *Tractaet van Testamenten, Codicillen, Legaten, ende andere Acten van uytersten wille* uit 1656 begint met de volgende uiteenzetting (p. 1-2):

‘Tusschen de twee extremiteten van geboren te werden, ende te sterven, is het leven. Wy werden naect geboren, stervende en dragen wy niet meer mede als een slaep-laken, dat onse verrottelijke menscheit bedekt: tusschen beyden en moet het niet vergeselschap zijn met al te groote rijckdommen. (...)’

Nochtans indien de zegeninge van Godt, soodanigh heeft geadsisteert den neerstigen arbeyt van ons leven, dat ons ten eynde van’t selve, over-schieten eenige goederen, wettelijk verkregen (...) hebben alle de Goddelijke ende menschelijke Wetten, toe-gelaten, daer af te dispenser na ons geliefte.’

En Jacob Verwey, ‘Openbaer Notaris binnen de Stadt Leyden’ (ca. 1575-1663) in zijn eveneens reeds genoemde *Ars Testandi, ofte Erf-maeckings-Konst* uit 1641, zegt onder meer (p. 11):

‘Welcke libera facultas [lees: testeervrijheid; SR] ende willekeur om sijn uyterste wille naer sijn welbehaegen te ordineren, een yeder soo vrystaet, dat die niemant en mach belet worden (...).’

En verder, in eendere zin (p. 68):

‘Het staet den Testateur vry sijne erffnisse ende goederen onder sijne erfgenamen te verdeelen in soo veel deelen als’t hem belieft (...).’

Wanneer Verwey vervolgens komt te spreken over de legitieme portie, lezen wij (p. 72):

‘By dese passagie is mede te mercken, dat een Vader de macht heeft, in een Testament ofte Codicil sijn erffnisse ende goederen onder sijne kinderen te verdeelen in ongelijke deelen, ende dienvolghende d’eene meer als d’andere te maecken (...).’

Iets dergelijks zien wij ook bij Simon van Leeuwen (1626-1682), de naar mijn mening grootste zeventiende-eeuwse Hollandse jurist ná Hugo de Groot. In Van Leeuwens *Notarius Publicus, dat is: de Practycke ende Oeffeninge der Notarissen* lezen wij namelijk (in de tweede druk van 1657, p. 25):

‘Het stellen van Erfgenaem is vry ende onbedwongen, ende magh men tot syn Erfgenaem stellen wie dat men wil (...), uiteraard rekening houdende met: ‘een nootsakelijk erfdeel (...), *vulgo*, legitime portie (...).’

In de zeventiende eeuw bestond, kortom, een zekere testeervrijheid en kon de erflater-testateur tot op zekere hoogte (misschien niet helemaal naar hartelust, maar wel in bepaalde mate) de overheveling van zijn vermogen ‘plannen’.

6.2 Formaliteiten

Waar de notaris zich bij het opmaken van een testament uiteraard wél van diende te vergewissen, was dat hij voldeed aan de voorgeschreven formaliteiten. Daartoe behoorde ook, wanneer wij Jacques Thuys’ *Ars Notariatus, dat is: Conste ende stijl van Notarischap* uit 1645 raadplegen, het volgende (p. 16):

‘Een notaris en behoort des middernachts of ter onbehoorlijcker uren gheen Instrument [lees: akte; SR] te maecken oft t’ontfangen’,

met verwijzing naar de veertiende-eeuwse Italiaanse rechtsgeleerde Baldus de Ubaldis (ca. 1327-1400). In het algemeen gold ten aanzien van de persoon van de notaris in de woorden van Thuys (*ibidem*, p. 3-4):

²² Als hiervoor, noot 15.

‘Hoedanich de Notaris behoort te wesen.

De Notaris behoort te zijn rijp van verstandt, van goede name ende fame, van goeden leven ende eerlijcke conversatie, luttel sprekende, wel aanhoorende ende verstaende t’gene voor hem wort gecontracteert, voorsichtich, wijs, ende hebbende volkomen kennisse, sulcx dat hy wete t’onderscheyden d’een sake van d’andere, t’onderkennen t’gene de partijen syn doende, t’ghene gheveynst is, welcke oprecht is, welcke acten en Instrumenten hy mach ontfangen, ende welcke hy behoort te verwerpen, ten welcke syne, hy behoort gheleert te syn in de Rechten, immers middelmatige kennisse te hebben vande rechten, Statuyten, ende Costumen gemaect op de Contracten, uysterste Willen, ende andere rechtelijcke Solemniteyten.’

Men lette op de verschillen tussen het testament en het codicil toen, en het testament en het codicil nu. Voor dat onderscheid kunnen wij weer terecht bij Simon van Leeuwen (*Notarius Publicus, dat is: de Practycke ende Oeffeninge der Notarissen*, tweede druk 1657, p. 89), die beslist als een groot ‘dogmaticus’ kan worden gekenschetst:

‘Wat is een Testament?

Daer by yemant een ander naer sijn doot tot Erfgenaem in sijn goetd stelt, ende daer by beveelt wat hy voorts naer sijn doot met sijn goetd wil gedaen hebben.

(...)

Wat is een codicil?

Daer by yemant sonder Institutie van erffenis [lees: erfstelling; SR], yets aengaende sijne goederen, naer sijn doot ordonneert.²³

Kenmerkend voor het testament was dus de erfstelling (die een verkrijging onder algemene titel bewerkstelligde). Het codicil was bij uitstek geschikt voor het maken van legaten (voor verkrijgingen onder bijzondere titel). De vorm kon vroeger dezelfde zijn, bijvoorbeeld notarieel; tegenwoordig zijn testamenten ‘altijd’ notarieel (art. 4:94 BW), maar zijn codicillen steeds onderhands opgemaakt (art. 4:97 BW).

Een groot verschil kunnen wij ook constateren tussen de schenking onder de levenden en de schenking ter zake des doods van drie eeuwen geleden enerzijds, en hun ‘afkomingen’ vandaag de dag anderzijds. Simon van Leeuwen definieert de schenking onder de levenden als volgt (ibidem, p. 89):

‘Wat is Donatie ofte Gifte onder den levenden?

Een simpele gifte van eenigh goetd of gelt dat men yemant om sijne verdiensten ofte andere goede insichten [omwille van estate planning bijvoorbeeld!; SR] vereert ende schenckt’,

terwijl de schenking ter zake des doods (de *donatio causa mortis*) slechts op het ziekbed kon worden gemaakt, en ook

weer verviel wanneer de schenker het geluk had zijn ziekte te overleven. Die voorwaarden worden thans niet meer aan de schenking ter zake des doods verbonden.

Maakte de notaris volgens de regelen van de kunst een testament op, dan mocht de testateur gerust zijn nageslacht voor rotte vis uitmaken wanneer hij hen tot zijn erfgenamen benoemde. Niets stond hem daaraan in de weg, als wij Jacob Verwey’s *Ars Testandi, ofte Erf-maeckingsh-Konst* uit 1641 lezen (p. 65):

‘Oock en isser niet aen gelegen, ende doet het Testament geen hinder, Soo de Testateur sijne erfgenaemen noemde met injurieuse ofte scheldtwoorden, Te weten, Dat hy seyde mijn soon N. dien verkeerden boef, dien schelm, dien rabaut die my meer leets dan goetds gedaen heeft, stelle ick tot mijn erfgenaem, ofte diergelijcken.’

De testateur diende aan zijn erfstelling echter géén voorwaarden te verbinden waaraan de benoemde erfgenaam eenvoudigweg niet kón voldoen. Jacob Verwey geeft als voorbeelden hiervan (ibidem, p. 71):

‘(...) Soo de Testateur seyde, Ick stelle u tot erfgenaeme indien ghy met u vinger den hemel sult raecken’, En: ‘Indien de Testateur seyde, Ick maeck u mijn erfgenaem, indien ghy my een gouden bergh schenckt.’

Joan Baptist Joseph Huygens varieert op deze vanouds bekende rechtsregel met (*Notarius Belgicus oft Ampt der Notarissen*, tweede druk 1712, p. 62):

‘Ick make oft instituëre U mynen Erfgenaem, ingevalle gy den Hemel kont met den vinger aenraken, ofte kont opklimmen tot aen de Maene, ofte daer aenreyken.’

Een voorbeeld van een zeer fraaie ‘onmogelijke voorwaarde’ geeft ook de Utrechtse advocaat en notaris Gerard van Wassenaer (ca. 1589-1664) in diens *Practyk Notariael* uit 1669 (p. 372):

‘Maer een conditie die onmogelijk is van naturen, so den testateur sulke een by de institutie hadde gevoeght, als ick maeke A. mijn erfgenaem, so hy de Zee uyt drinkt, so worde A. niet-te-min erfgenaem (...).’

6.3 Onbevoegdheid tot testen

Sommige erflaters waren onbevoegd te testen. Wat dat betreft is er niets nieuws onder de zon. Jacob Verwey (*Ars Testandi, ofte Erf-maeckingsh-Konst* (1641), p. 24):

‘(...) en geen Testament [moghen] maecken dolle ende uytzinnige menschen, die haer verstandt niet machtigh syn.’

Simon van Leeuwen (*Notarius Publicus, dat is: de Practycke ende Oeffeninge der Notarissen* (1657), p. 88) spreekt in dit verband van de:

‘Dolle, malle, rasende menschen die haer sinnen niet machtigh en zijn (...).’

²³ Voor het onderscheid tussen het testament en het codicil kunnen wij bijv. ook terecht bij: Gerard van Wassenaers *Practyk Notariael* uit 1669, p. 305.

Of, zoals de Schiedamse notaris Dirck Heymansz. van der Mast (ca. 1600-1671) het in zijn *Practique des Notarischaps* (tweede druk 1645, p. 26) verwoordt:

‘Doch sinneloos ende rasende menschen mogen geen uyttersten-wille maecken, ten ware dat sy by sekere tijden haers verstandt machtigh waren, want dan staet haer sulcks vry.’

Hier lezen wij meteen ook de voorwaarde waaronder een ‘razende roeland’ wél mocht testen, namelijk indien hij ten tijde van het verlijden van de akte naar het oordeel van de notaris voldoende *compos mentis* was. In dezelfde zin leert ons Wilhem van Aller, *Tractaet van Testamenten, Codicillen, Legaten, ende andere Acten van uystersten wille* (1656, p. 12):

‘De Uytsinnigen vermogen te testen, geduyrende de goede tijdt tusschen de dulligheydt: behoudenlijck dat die intervallen niet ghetroubleert en werden met een opkomende rasernye, in dien tijdt dat hy testeert.’

Er was dus hoop, ook (zelfs) voor notoire drinkebroers, getuigd op het uitgebreide betoog van Jacob Verwey in diens *Ars Testandi, ofte Erf-maeckings-Konst* uit 1641 (p. 26):

‘Alhier wordt nu mede gevraeght of een persoon machtigh is in syn dronckenschap een Testament te maecken? Dewijle, ’tverstandt door dronckenschap wech genomen ende verlooren wort? Daer op is d’antwoort, Dat de selve persoon wesende buyten alle goedt verstandt (gelijck de Doctoren spreekken) sulcks niet en wordt toeghelaten. (...)

Maer dat hem sulcks vry staet, als hy simpelijck alleen verheught is, ende hem, ’tverstandt niet dan een weynich begeeft, soo dat hy alleen wat dom, ende niet so scherp-sinnigh en is, als of hy nuchteren waer.’

Om met de woorden van Hare Koninklijke Hoogheid Prinses Maxima in het beroemde interview met haar en Zijne Koninklijke Hoogheid de Prins van Oranje van 21 maart 2001 te spreken: ‘een beetje dom’ mocht je dus best zijn als je je uiterste wil ten overstaan van de notaris aan het dicteren was. Of zoals Verwey het zo mooi – en in onze oren welhaast eufemistisch – uitdrukt: een beetje dom mocht je zijn, wanneer je je testament wilde maken en je van de drank *slechts* een weinig ‘verheught’ was.

Wie echter beslist niet mocht testen, was de eeuwig verbannene en de eeuwig tot de galeien veroordeelde, aldus wederom Wilhem van Aller, *Tractaet van Testamenten, Codicillen, Legaten, ende andere Acten van uystersten wille* (1656, p. 11):

‘Die eeuwich gebannen is, of eeuwich op de Galeyen gecondemneert, met confiscatie van alle hare goederen (...),

die was onbevoegd te testen, welke regel Van Aller maar liefst tweemaal in zijn genoemde *Tractaet* herhaalt (ibidem, p. 66 en 78).

6.4 Onterving

Een manier van estate planning was, en is nog immer, het onterven van bepaalde erfgenamen bij versterf. Ook daaraan bestond vroeger kennelijk, in voorkomende gevallen, behoefte. De redenen op grond waarvan een erflater bevoegd was zijn kinderen te onterven, waren velerlei. Deze redenen waren ontleend aan de *Codex Justinianus* (529 n. Chr.), het laat-Romeinse (erf)recht van keizer Justinianus de Grote, keizer van het Oost-Romeinse Rijk van 527 tot 565. Het waren er veertien in getal.

Er werden speciaal (Latijnse) verzen geschreven waarin de veertien ‘ontervingsgronden’ poëtisch werden verwoord, wellicht met als (bijkomende) voordelen, dat men zich daardoor de gronden gemakkelijker in herinnering kon brengen en (zelfs) kon reproduceren. Zo’n ‘gedicht’ vinden wij bijvoorbeeld in de *Ars Testandi, ofte Erf-maeckings-Konst* van Jacob Verwey uit 1641 (p. 93).²⁴ Eerst geeft Verwey de Latijnse versie (met ter plaatse een verwijzing naar de verbeteringen in het oorspronkelijke gedicht zoals aangebracht door de Vlaamse jurist Matthias Wesenbeck (1531-1586) in diens *Paratitla in Pandectarum iuris civilis libros quinquaginta* uit 1566); daarna volgt de Nederlandse ‘vertaling’. Voor de liefhebber druk ik nu beide teksten af, met bij voorbaat mijn excuses voor de lengte van het citaat:

‘Bis septem ex causis exhæres filius esto,
Si patrem feriat vel male dicat ei.
Carcere detrusum si negligat; aut furiosum;
Criminis accuset, vel paret insidias,
Si dederit damnum grave si nec ab hoste redemit,
Testarive vetet; se societve malis.
Si mimos sequitur; vitietve cubile paternum,
Non Orthodoxus; filia si meretrix.’

Dat is:

‘Om veertien saecken mach de Vader, ’tkint onterven;
Indien’t den Vader slaet, hem scheldt, gaet, ’tsoo verker-
ven,
Hem sijnd’ gevangen, dol oft sinneloos verlaet,
Van hals-saeck hem klacht maeckt; hem nae het leven
staet;
soo hy hem veel schae doet, niet lost van, ’sVyants
banden;
Sijn Testament belet; volght boeven, sond’en schanden;
Met gooch’laers ommegaet; sijn Vaders bedd’ besmet;
’Toprecht geloof versaect; De dochter d’eer verset.’

Niet iedereen was er natuurlijk zélf verantwoordelijk voor, dat hij omgang had met goochelaars. Daarom voegde Wilhem van Allers jongere broer, de Rotterdamse notaris Adriaen van Aller (1627-1670) in diens *Notarius Publicus, ofte Inleydinge tot een openbaren Beamt-Schryver* (tweede druk 1671, p. 91) aan de ‘ontervingsgrond’ ‘(...) indien de Kinderen met Guygelaers, Koorde-dansers, ofte Comedi-

²⁴ De veertien ‘Justiniaanse’ redenen op grond waarvan de ouders hun kinderen mochten onterven, vinden wij bijv. ook bij: Gerard van Wassenaers Prætyk Notariael uit 1669, p. 363-365, en bij: Joan Baptist Joseph Huygens’ Notarius Belgicus oft Ampt der Notarissen (tweede druk 1712), p. 71-72.

ant-speelders mede spelen' onmiddellijk de 'ontsnappings-clausule' toe: 'ten zy de Ouders van de selve professie zijn'. In het geval dat je ouders eveneens met goochelen, koord-dansen of clownerie de kost verdienden, trof je als kind en erfgenaam bij versterf uiteraard geen enkele blaam! Een 'modelclausule' van een testamentaire onterving vinden wij in de zojuist geciteerde *Ars Testandi, ofte Erf-maeckingsh-Konst* van Jacob Verwey (ibidem, p. 3):

'Wijders onterve ick mijn dochter E. uyt oorsaecke dat sy wederspannich ende ongehoorsaem, tegens mijne vaderlijke wille ende ernstige vermaninge oock tot vercleyninge van onsen Name, Gheslacht, ende Stamme²⁵ haer met N. wesende van een slechte afcomste ende quaet leven in den Huwelijcken Staete begeven heeft.'

6.5 Legaten

Tot slot ga ik in op een van de belangrijkste uiterste wilsbeschikkingen sinds jaar en dag: het legaat. Het legaat (in het codicil) en de schenking (onder de levenden en ter zake des doods) waren bijzonder geschikt om te 'plannen', zoals wij naar aanleiding van de definities van Simon van Leeuwen konden constateren (zie hiervoor, '6.2 Formaliteiten'). Wat het legaat betreft, kunnen wij dit ook concluderen op grond van bijvoorbeeld hetgeen Wilhem van Aller ons meedeelt in diens *Tractaet van Testamenten, Codicillen, Legaten, ende andere Acten van uystersten wille* uit 1656 (p. 13):

'(...) maer oock de Legaten van Barmhertigheyt, gelijk die by den Testamente gemaect zijn, om seker arme Dochters uyt te Huwelijcken, t'onderhouden aen een Collegie van een arm Kindt: of hem te doen leeren seker kunst, stijl, of hant-werck.'

Ja, 'van alles' kon men door middel van het maken van legaten 'plannen', zelfs te veel om op te noemen. Ook vroeger had Onze-Lieve-Heer rare kostgangers. Vandaar dat Jacques Thuys in diens *Ars Notariatus, dat is: Conste ende stijl van Notarischap* uit 1645 welhaast lijkt te verzuchten (p. 117):

'Hier soude ick [Jacques Thuys; SR] mogen stellen diverse andere Legaten, maer 't waer onmoghelijk te begripen alle den wille van de Menschen.'

Het legaat was (en is) een uiterste wilsbeschikking met schier onbegrensde mogelijkheden om vermogen over te hevelen. Daarbij was het wel zaak de legaten op correcte wijze te formuleren. Dirck Heymansz. van der Mast, *Practique des Notarischaps* (tweede druk 1645, p. 203):

'Nota. Men moet letten dat de Legaten distinctelick worden gespecificeert om confusie ende onvreden te schouwen (...).'

Een 'modelclausule' die wij heden ten dage gelukkig niet meer hoeven te maken en die wij derhalve zonder aarzelen op de schroothoop der geschiedenis kunnen storten, is de volgende, ontleend aan Jacques Thuys' *Ars Notariatus, dat is: Conste ende stijl van Notarischap* uit 1645 (p. 114):

'Item heeft gemaect ende gelegateert aen Martha ende Catharina syne Slaven mits d'aengenaeme ende ghetrouwe diensten by hun hem Testateur ghedaen, vrydom van hunne slavernije, ontslaende ende ontlastende de selve gheheel ende al van den selven hunnen dienst, hun stellende in hunne eerste vry-gheboorte (of natuerlicke vrydom) (...).'

En kreeg je vroeger bij wege van estate planning een legaat van wijn vermaakt, dan gold hetgeen Wilhem van Aller stelt in diens *Tractaet van Testamenten, Codicillen, Legaten, ende andere Acten van uystersten wille* uit 1656 (p. 95):

'Om te weten wat dat den Legataris tegens den Erfgenaem kan prætenderen, wanneer hem Wijn [let wel: door Van Aller met een hoofdletter gespeld!; SR] is gelegateerd, (...) ²⁶ sult ghy sien dat Azijn, onder 't Legaet van Wijn niet begrepen en is, als wel dat daer onder zijn, de Tonnen, Vaten ende Fustagie, in de welcke de gelegateerde Wijn besloten is.' ²⁷

Was de wijn inmiddels azijn geworden, dan had je als legataris pech: azijn viel namelijk niet onder het begrip 'legaat van wijn'. Maar was de gelegateerde wijn na het openvallen van de nalatenschap (nog steeds) wijn gebleven, dan had je als legataris geluk. Je kreeg dan ter gelegenheid van de afgifte van het legaat meteen de tonnen, de vaten en de 'Fustagie' (zeg maar: de emballage) erbij – wel zo handig! Wijn of azijn: dat was vroeger een kwestie van 'proefondervindelijke uitlegging', een wijze van uitlegging die maar heel weinig met artikel 4:46 van ons huidig BW van doen had...

7 Slotopmerkingen

Wanneer men de 'tendens' die men naar aanleiding van de hiervoor gegeven citaten kan bespeuren, wil duiden, dan wordt één ding duidelijk: de professionele 'attitude' van de notaris-estate planner is eigenlijk steeds dezelfde gebleven. De 'beroeps- en gedragsregel' die wij in het 'Register der Zaken' op Arent Lybreghts' tweedelige, in 1742 herdrukte

²⁶ Hier volgt de verwijzing naar het Romeinse recht: 'Siet de Wet cui vinum in princ. ff. de vin. leg. l. si quis. eod. ende de Exceptien by §. haec omnia van de selve Wet, ende by §. item acetum.'

²⁷ Vgl. over het testamentaire legaat van wijn ook: Wilhem van Aller, *Tractaet van Testamenten, Codicillen, Legaten, ende andere Acten van uystersten wille* (1656), p. 21: 'Indien het Legaet is gemaect voor eene tijt, van sekere qualiteyt [bedoeld is m.i.: 'quantiteyt' (zie hierna); SR] van Wijn, gelijk van twintigh, of dertig tonnen die vergadert sal werden uyt de grootste Wijn-plaets van den Testateur, ende dat in den volgenden wijn-tijt niet meerder als de helft of noch minder wert vergadert, soo en is den Erfgenaem niet gehouden in de uytkeeringe van de gebrekige quantiteyt: maer moet den Legataris hem vernoeogen met het gunt daer ghevonden is, nadien dat het Legaet is beschreven met de plaets na de will' van den Testateur.'

²⁵ Vgl. par. 2 van deze bijdrage ('Cicero versus Schopenhauer (en al helemaal versus Ford)') en noot 6 aldaar, over de *splendor familiae*, de 'schittering van het geslacht'.

Redenerende Practycq over 't oeffenen van 't Notaris Ampt kunnen vinden, en die voor de toenmalige Nederlandse notaris gold, geldt voor de huidige notaris-estate planner nog immer *onverkort*:

‘Notarissen moeten altoos trachten Partyen te bevredigen.’

Dáár gaat het om: de cliënt en zijn wensen staan voorop. In al die tijd is dáaraan *niets* veranderd.

8 Appendix: Geraadpleegde zeventiende- en achttiende-eeuwse notaris- en dergelijke boeken

- Adriaen van Aller, *Notarius Publicus, ofte Inleydinge tot een openbaren Beamt-Schryver, mitsgaders het Examen der Notarissen* [enz.] (uitgever/drukker: Joannes Borstius, tweede druk, Rotterdam 1671).
- Wilhem van Aller, *Tractaet van Testamenten, Codicillen, Legaten, ende andere Acten van uytersten wille* [enz.; Ned. vert. van het werk van de Franse jurist François Grimaudet (1520-1580)] (uitgever/drukker: Bastiaen Wagens, Rotterdam 1656).
- Joan Baptist Joseph Huygens, *Notarius Belgicus oft Ampt der Notarissen* [enz.] (ca. 1700-1704, uitgever/drukker: G. Fricx, tweede druk, Brussel 1712).
- Simon van Leeuwen, *Notarius Publicus, dat is: de Practycke ende Oeffeninge der Notarissen* [enz.] (uitgever/drukker: Abraham Andriesz., tweede druk, Dordrecht 1657).
- Arent Lybregts, *Redenerende Practycq over 't oeffenen van 't Notaris Ampt* [enz.], 2 delen (uitgever/drukker: d'Erven van J. Ratelband, en Comp., eerste druk 1734, Amsterdam 1742).
- Dirck Heymansz. van der Mast, *Practique des Notariatschaps* [enz.] (uitgever/drukker: Isaac van Waesbergen, tweede, herziene, verbeterde en aangevulde druk, Rotterdam 1645).
- Jacques Thuys, *Ars Notariatus, dat is: Conste ende stijl van Notarischap* [enz.] (uitgever/drukker: David van Hoogenhuysen, vermeerderde en verbeterde druk, Utrecht 1645).
- Jacob Verwey, *Ars Testandi, ofte Erf-maeckings-Konst* [enz.] (uitgever/drukker: Jacob Roels, eerste druk, Leiden 1641).
- Gerard van Wassenaer, *Practyk Notariael* [enz.]. *Praxis Judiciaria II* (uitgever/drukker: Gijsbert van Zijll, Utrecht 1669). ■